Schorch, Grolman, Förster (1814), oder Koch (Lipsiae 1818.) dieselben oder ähnliche Ansichten enthalten sind. Auf jeden Fall würden sie ohne Einfluß auf die Ansichten der Lehre geblieben seyn. Ein Schicksal, das ich diesen Bemerkungen nicht wünsche, die, eine neue gründliche Prüfung dieses Gegenstandes herbeizuführen, geschrieben sind.

II.

Ueber einige angebliche Erlöschungsarten des Pfandrechts; und eine Bemerkung über eine generelle gesetzliche Hypothek.

Von

Herrn Dr. Vermehren, Oberlandesgerichts-Assessor zu Hildburghausen.

1.

Hat der Gläubiger, welchem ein allgemeines Pfandrecht in den Gütern seines Schuldners zusteht, in die Veräußerung einer in dem Pfandnexus begriffenen Sache gewilligt, und der Schuldner erwirbt dieselbe in der Folge wieder, so soll das Pfandrecht des Gläubigers nicht wieder aufleben, dies vielmehr durch die früher ertheilte Erlaubniß zur Veräußerung gänzlich und für immer erloschen seyn [1]). Das Gesetz, auf welches man sich hiebei beruft [2]), lautet folgendermaaßen:

1) Es ist dies so allgemein angenommen, daß ich auch nicht eine einzige abweichende Meinung habe ausfindig machen können. S. z. B. Glück Erl. d. Pand. Bd. XIX. §. 1104. S. 428. Gesterding Pfandrecht §. 37. S. 299. Thibaut Pand. §. 638. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 164. S. 312. Mühlenbruch Doct. pandect. Vol. II. §. 424. Not. 10. u. A.

2) C. ult. C. de remiss. pignoris (8. 26.).

„Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae, postea a debitoribus venduntur vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui praebente, et quodam legitimo postea modo res ad priorem dominum revertuntur. In hoc enim casu diversae sententiae a legum prudentibus habitae sunt, quibusdam dicentibus, jus pignoris creditori renovari propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est; aliis, penitus extingui. *Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecae, et hoc modo suum jus respuit, indignum esse, eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietare.*“
Mir kommt es vor, als werde jene Ansicht durch dies Gesetz keinesweges gerechtfertigt.

Unter den Juristen waren die Meinungen über den fraglichen Fall getheilt gewesen. Die Einen behaupteten, das alte Pfandrecht des Gläubigers lebe durch den Wiedererwerb der Sache von Seiten des Schuldners wieder auf, werde wiederhergestellt, (quibusdam dicentibus, jus pignoris creditori *renovari*). Die Andern dagegen meinten, der Gläubiger habe sich durch die ertheilte Zustimmung seines Pfandrechts völlig verlustig gemacht (aliis, penitus extingui). Justinian schlug nun einen Mittelweg ein. Daß das alte Recht völlig wieder hergestellt werde, schien ihm eben so unpassend, als daß dasselbe völlig verloren gehen sollte. Nur etwas mußte der Gläubiger von seinem Rechte einbüßen, da er selbst in die Veräußerung gewilligt, und damit seine Absicht, in etwas zu verzichten, zu erkennen gegeben hatte. Er verordnete: der Gläubiger soll die Sache nicht so in Anspruch nehmen, als sey sie ihm gleich von Anfang an mitverpfändet gewesen (indignum esse, eandem rem utpote ab initio ei suppositam, vindicare);

sein Pfandrecht sollte sich also nicht von Zeit der ersten Verpfändung datiren, sondern erst von jetzt, wo der Schuldner die Sache wiedererworben hatte. — Hatte daher der bisherige Eigenthümer unterdessen ebenfalls ein Pfandrecht an der Sache bestellt, so hatte dieser jetzt den Vorzug, und der alte Gläubiger durfte den inzwischen entstandenen, etwa im Besitze des Pfandes sich befindenden, neuen creditor nicht mit seinem Anspruche belästigen. (Nach den Gesetzesworten: „vel tenentem inquietare.“)

Justinian scheint in der That allgemeinen Rechts-Grundsätzen durchaus gemäß entschieden zu haben. Durch die ertheilte Einwilligung gab der Gläubiger allerdings sein Pfandrecht auf; er wollte für jetzt dem Schuldner den vortheilhafteren Verkauf der Sache erleichtern, ihm bei dem zu machenden größeren Gewinn um so weniger hinderlich seyn, als er selbst durch sein allgemeines Pfandrecht am ganzen Vermögen des Schuldners hinreichend gesichert war. Den Fall jedoch, wo der Schuldner etwa künftig die Sache wiedererwerben würde, wodurch dieselbe als eine res futura in den Pfandnexus zurückfiel, hatte man sicher bei jener Consensertheilung nicht im Auge gehabt. Gab der Gläubiger sein Recht auf, so that er dies gewiß in dem beschränktesten Maaße; sein Verzicht darf nicht ausgedehnt, er muß vielmehr so eng als möglich verstanden werden. Er verzichtete für jetzt, indem er durch sein Pfandrecht dem neuen Eigenthümer nicht beschwerlich werden wollte. Erwarb der Schuldner die Sache wieder, so war dies ein ganz neues Ereigniß, bei welchem die Regel des Rechts wieder eintreten mußte [3].

3) Diese allgemeinen Gründe lassen sich nicht auch für den Fall anführen, wo, ohne daß eine General-Hypothek concurrirt, ein specielles Pfandrecht an einer Sache bestellt wurde; denn kehrt hier die mit Einwilligung des Gläubigers veräußerte Sache in das Eigenthum des Schuldners zurück, so fehlt in diesem Falle der neue Obligationsgrund, welcher dort allemal vorhanden ist, wo auch alle in der Zukunft dem Schuldner erworbenen Gegenstände ipso jure dem Pfandnexus unterworfen sind.

Daß es wirklich nicht Justinians Absicht war, die Meinung derjenigen zu bestätigen, welche unbedingt dem consentirenden Gläubiger das Pfandrecht abgesprochen hatten, wie gewöhnlich behauptet wird, geht, wie mich dünkt, auch aus den Verbindungsworten hervor, durch welche der Kaiser seine Vorschrift den angedeuteten Ansichten der Juristen anknüpfte. Durch das *autem* in den Worten: „Nobis autem visum est" wird hinlänglich zu erkennen gegeben, daß jetzt etwas Neues gesagt werde, daß das Folgende einen Gegensatz zu dem Bisherigen bilde. Nachdem der Kaiser kurz die beiden sich widerstreitenden Ansichten aufgeführt, schreitet er zur Mittheilung seiner eigenen Meinung. Wollten wir die nur angedeutete Gedankenkette des Gesetzgebers ausführen, so würde die Verordnung etwa so gelautet haben: „Dies sind die Meinungen der Rechtsverständigen; Wir aber können Uns zu keiner derselben bekenuen; vielmehr erscheint Uns Folgendes als das Zweckmäßigste u. s. w."

Nur noch auf einen Umstand mag hiebei aufmerksam gemacht werden. Ließe sich dies Gesetz nicht auch für die Lehre von der Datirung des Pfandrechts bei einer verpfändeten res futura benutzen [4]), und scheint dasselbe nicht namentlich die Meinung derjenigen zu unterstützen, welche im Falle eines allgemeinen Pfandrechts auch die res futurae von Zeit des pactum hypothecae an verpfändet wissen wollen? Diejenigen, welche in unserm Gesetze die Wiederherstellung des Pfandsrechts, die Erneuerung des alten Rechts des Gläubigers behaupteten, beriefen sich dabei auf die res futurae, welche bei einer General-Hypothek am ganzen Vermögen in der Regel vom Pfandnexus zugleich mit

4) Meines Wissens ist dies noch nicht geschehen; und auch in der neuesten Schrift über diesen Gegenstand ist unser Gesetz unbeachtet geblieben. S. Hepp Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypoth. bona debitoris afficiat. Lips. 1825. §. 21. S. 162—187. und Derselbe im Archiv f. d. civil. Praxis. Bd. X. nr. 12. S. 295—312.

ergriffen würden. Daraus geht hervor, daß sich das Pfandrecht bei diesen von Zeit der Verpfändung an datirte, denn sonst konnte in unserem Falle, wo es sich um die Wiederherstellung des frühern Pfandrechts handelt, und wobei auf die Zeit der ersten Verpfändung zurückgegangen wird, nicht gerade zu auf dieselben bezogen werden. Wäre nur von der neuen Begründung eines Pfandrechts die Rede gewesen, so würden wir Grund haben, auf den Anfang des hypothekarischen Rechts erst von Zeit des Erwerbes der res futura zu schließen. Daß aber wirklich jene Juristen-Parthei nicht dies im Sinne hatte, sondern in dem fraglichen Falle eine Wiederherstellung des früheren Rechts in seiner Totalität, also auch insbesondere seiner Zeitpriorität, behauptete, erhellet aus der Verordnung des Kaisers, welcher mit besonderer Beziehung auf jene Ansicht der Gläubiger in dem fraglichen Falle für unwürdig erklärte, daß sein Pfandrecht sich von Anfang an, von Zeit der ersten Verpfändung, datiren solle. — Und somit ergibt sich, daß in der Regel zwar bei einer allgemeinen Verpfändung die Zeit des abgeschlossenen pactum hypothecae der Anfangspunkt des Pfandrechts auch für die später erworbenen Sachen sey; daß aber in unserem Falle wegen der besondern dabei concurrirenden Umstände Justinian eine Ausnahme von jenem Grundsatze zu statuiren sich bewogen fand.

2.

Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob der Gläubiger durch Einwilligung in die Weiterverpfändung einer ihm selbst verpfändeten Sache blos sein Vorzugsrecht oder sein Pfandrecht überhaupt aufzugeben scheine? Während man sonst ziemlich allgemein jenes behauptete, sind die Neuern in der Regel der letztern Ansicht zugethan [5]. Mir will

5) Die reichhaltige Literatur über diese Streitfrage siehe bei Glück Erl. d. Pand. Bd. XIX. §. 1104. S. 431. 435.

es jedoch vorkommen, als verdiene jene ältere Meinung den Vorzug.

Verzichte sind streng zu erklären und nicht zu vermuthen. Soll dieser Grundsatz in einem Falle nicht gelten, so müssen uns klare und deutliche Gesetze über die Ausnahme belehren; außerdem sind wir genöthigt, überall der Regel zu folgen. Daß jene aber in unserm Falle zu verschiedenen Erklärungen allerdings Raum geben, dies zu zeigen, ist der Zweck dieser kurzen Betrachtung.

In dem ersten Gesetze [6]) heißt es:

„Titius Sejo pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus cum esset Reipublicae ante obligatus, secundus creditor pecuniam Reipublicae eam solvit; sed Maevius extitit, qui dicebat, *ante Rempublicam sibi fundum obligatum fuisse*; inveniebatur autem Maevius instrumento cautionis cum Republica facto a Sejo interfuisse et subscripsisse, quo caverat Sejus, fundum nulli alii esse obligatum. Quaero, an actio aliqua in rem Maevio competere potest? Modestinus respondit: *pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse.*“

Mävius hatte das Instrument unterzeichnet, in welchem sein Schuldner der respublica ein Pfandrecht constituirte, und hatte dadurch also seine Zustimmung zu dieser neuen Verpfändung zu erkennen gegeben. Nichts destoweniger trat er späterhin hervor, und nahm ein Pfandrecht noch vor der respublica in Anspruch (ante Rempublicam sibi fundum obligatum fuisse). Es entstand daher die Frage, ob er dies mit Fug und Recht könne (an actio aliqua in rem Maevio competere potest?). Modestin antwortete mit den im Druck hervorgehobenen Worten, und sie sind es gerade,

6) Fr. 9. §. 1. D. Quib. mad. pign. v. hyp. valv. (20. 6.) (Modestinus lib. 4. responsorum).

welche die Behauptung der Gegner bekräftigen sollen. Allein Modestin sagt ja gar nicht, daß derjenige, welcher in die Weiterverpfändung willigt, eben dadurch seines eigenen Pfandrechts, des Pfandrechts überhaupt, verlustig werde; er sagt nur, das Pfandrecht, zu welchem der Gläubiger seine Zustimmung gegeben, könne er fernerhin nicht mehr in Anspruch nehmen (pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse). Dies Pfandrecht, durch seine Einwilligung entstanden, von ihm gleichsam auf den neuen Gläubiger übergega gen, durch seine Consensertheilung das bessere, vorzüglichere geworden, das kann er nicht selbst mehr für sich zurückbehalten wollen. Dabei besteht es aber recht wohl, daß ihm dennoch ein Pfandrecht, wenn auch ein weniger wirksames, auch fernerhin verbleibe.

Sich auf den Umstand besonders zu beziehen, daß in dem Document von völliger Freiheit des Grundstücks die Rede sey, woraus dann in diesem Falle der Verlust des Pfandrechts überhaupt gefolgt sey, wie wohl geschieht [7]), bedarf es nach dem Bisherigen nun nicht einmal; und daß Modestin jenen Umstand überhaupt berücksichtigt haben sollte, scheint mir überdieß auch gar nicht wahrscheinlich; denn da es sich in dem vorgelegten Falle nur um das Vorzugsrecht des Mävius handelte, dies ihm aber auch schon wegen seiner Einwilligung in die weitere Verpfändung abgesprochen werden mußte, so konnten dem Juristen die sonstigen Neben-Umstände gleichgültig seyn.

Eben so wenig scheint mir die andere hierher gehörige Stelle [8]) für die Meinung der Gegner etwas zu beweisen. Hier heißt es:

---

7) Siehe z. E. Leyser Med. ad pand. spec. 233. med. 4.

8) Fr. 12. pr. D. Quib. mod. p. v. h. salv. (Paulus lib. 5. responsorum.)

„Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, *jus suum pignoris* remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse, et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, etsi Respublica tertio loco crediderit.“

Hier, sagt man, stehe ja der Satz allgemein ausgesprochen, daß ein Gläubiger, der in die Weiterverpfändung an einen dritten creditor willigt, sein Pfandrecht aufgegeben habe (jus suum pignoris remisisse videri); allein Ein Wort, worauf mir ein Nachdruck zu liegen scheint, durch dessen Beachtung das Ganze einen andern Sinn erhält, hat man überall nicht berücksichtigt. Es heißt in unserer Stelle nicht: „jus pignoris remisisse videri etc.“; Paulus sagt mit Vorbedacht: „jus *suum* pignoris etc.;“ er bezeichnet das Pfandrecht näher durch den Beisatz: „suum.“ Er will dadurch andeuten, daß der Gläubiger, indem er in die Weiterverpfändung willigt, gerade sein Pfandrecht, gerade das Pfandrecht, wie es ihm bisher zustand, sein besonderes, vorzüglicheres Recht aufgebe, nicht aber jedes Pfandrecht. Hätte es blos geheißen: „jus pignoris remisisse videri,“ so war damit freilich gesagt, der Gläubiger gebe durch seine Einwilligung das Pfandrecht überhaupt auf. Gegen diese Deutung suchte sich aber der Jurist durch den kurzen Beisatz des Wortes „suum“ zu schützen. — Eine solche Kürze würde uns bei andern überraschen; bei einem Paulus, der durch seine subtile und gedrängte Sprache berüchtigt genug ist, hat dieselbe nichts Auffallendes mehr [9]).

---

9) Gewöhnlich wird bei Erörterung dieser Streitfrage auch Bezug auf fr. 12. §. 4. D. Qui potior. in pign. genommen; allein mit Unrecht, denn von jener ist daselbst gar nicht die Rede. Marcian bemerkt nur, daß man vor allen Dingen untersuchen müsse, was die Partheien bei jener Consensertheilung beabsichtigt hätten: ob es die Meinung gewesen sey,

3.

Fast ohne Ausnahme findet sich bei den neuern [10]) Rechtslehrern die Annahme eines generellen gesetzlichen Pfandrechts an den Gütern einer verwittweten Person, welcher, unter der Bedingung unverheirathet zu bleiben, etwas hinterlassen worden ist [11]). Wem jedoch jenes Pfandrecht zustehen soll, dies scheint bei einer Vergleichung der verschiedenen Aussprüche höchst zweifelhaft zu seyn.

Glück [12]) sagt: „Ein generelles gesetzliches Pfandrecht hat ferner Kaiser Justinian VIII. den Erben an den Gütern eines Wittwers oder einer Wittwe ertheilt, welchem oder welcher von dem Erblasser — — etwas unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, hinterlassen worden ist, wegen der Restitution dieses Vermächtnisses auf den Fall, wenn jener Bedingung zuwider gehandelt werden sollte [13]).

---

das Pfandrecht des Gläubigers ganz aufzuheben, oder nur, dessen Stelle zu verändern. Was man aber annehmen müsse, wenn aus den Umständen hierüber keine Gewißheit zu erhalten steht, dies ist von ihm gar nicht entschieden worden.

10) Unter den ältern auch schon bei Voetius Comm. ad pand. Lib. XX. tit. 2. §. 23. — Zuerst ist wieder darauf aufmerksam gemacht worden von Heise, im Grundriß eines Syst. d. gem. Civ. R. S. 59. Not. 14. (3. Ausg.)

11) Man gründet dasselbe auf Nov. 22. cap. 44. §. 2. — Neuerdings ist dies gesetzliche Pfandrecht wieder geleugnet worden von Marezoll in v. Grolm. und v. Löhr's Mag. IV. H. 2. S. 215 folg. Jedoch scheint man dasselbe noch nicht aufgeben zu wollen. Siehe indeß Thibaut Pand. (7. Ausg.) Bd. II. §. 643. nr. VIII. und v. Wening-Ingenheim Lehrb. (3. Ausg.) Bd. I. §. 168. nr. VI. Not. a. — Für diese Untersuchung ist dieser Streitpunkt zunächst nicht von Einfluß, indem es sich dabei nur um den Entstehungsgrund des in Frage stehenden Pfandrechts handelt; darüber aber nach der Novelle nicht der mindeste Zweifel vorhanden ist, daß ein Pfandrecht überhaupt in Anspruch genommen werden kann.

12) Erl. d. Pand. Bd. XIX. S. 163.

13) Eben so ungefähr drückt sich Mackeldey Lehrb. d. h. Röm.

v. Wening-Ingenheim [14]): „Wer zu Folge einer testamentarischen Disposition einem Wittwer oder einer Wittwe, welcher vom Testirer die Bedingung, nicht wieder zu heirathen, gesetzt ward, das Vermächtniß entrichtet, erhält am Vermögen des Honorirten ein stillschweigendes Pfandrecht zur Sicherheit der Restitution des Vermächtnisses für den Fall, wenn die Bedindung überschritten würde, von dem Zeitpunkte der Einräumung des Vermächtnisses an.“

Seuffert [15]): „Ein gesetzliches generelles Pfandrecht (haben) — 8) die Substituten einer in einem letzten Willen unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, bedachten Wittwe [16]), an deren Vermögen, wegen der im Falle der weitern Verheirathung herauszugebenden Güter.“

Gänzliches Stillschweigen beobachten über das berechtigte Subject Voetius und Thibaut an den angeführten Orten.

Zu dieser Verschiedenheit in den Aeußerungen und der daraus hervorgehenden Unbestimmtheit geben dennoch unsere Quellen keine Veranlassung. Dennoch scheint es mir über jeden Zweifel erhaben, wer in jedem einzelnen Falle als berechtigtes Subject anzusehen sey [17]).

R. §. 313. nr. 7. aus; jedoch kommt bei diesem noch die Unrichtigkeit vor, daß er das Pfandrecht auf die Erben des verstorbenen Ehegatten beschränkt, während nach der ausdrücklichen Verordnung des §. 8. der angef. Novelle dasselbe auch eintritt, wenn ein extraneus die Disposition zu Gunsten des überlebenden Ehegatten traf.

14) Lehrb. des gem. Civ. R. a. a. O.

15) Lehrb. des prakt. PR. §. 200.

16) Warum ist nur die Wittwe genannt? Justinian sagt: Si quis prohibuerit uxorem ad aliud venire matrimonium, *sive etiam uxor maritum* (*idem namque est utrinque*), et pro hoc aliquid reliquerit etc. (S. d. prooem. der Novelle).

17) Und dessen war sich Justinian auch gar wohl bewußt,

Gajus (lib. 18. ad Edict. prov.) [18]) sagt:

„Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, *ad quem juri civili deficiente conditione, hoc legatum, cave hereditas pertinere potest.*“

Und damit übereinstimmend ist Mäcianus (lib. 4. fideicommissorum) [19]):

„— — secundum quam sententiam cautione praestita *his, quorum interest* ab his, quibus restitui sub iisdem conditionibus heres rogatus esset, restituet hereditatem.“

Denen also, welchen, im Falle die Bedingung nicht in Erfüllung geht, ein Recht auf das fragliche Object der letztwilligen Verfügung zusteht, soll die Mucianische Caution geleistet werden. Gerade diese ist es aber auch, welche in unserem Falle gemeint ist. Der einzige Unterschied besteht nur darin, daß dieselbe hier mittelst Verpfändung des ganzen Vermögens, und zwar so geleistet wird, daß jene schon von selbst und von Rechtswegen eintritt, während sie außerdem in Satisdation besteht. Was also von der cautio Muciana überhaupt verordnet ist, muß nothwendig auch hier seine Anwendung finden. Das fragliche Pfandrecht muß also jedenfalls denen zustehen, welchen, im Falle die Bedingung der Ehelosigkeit nicht erfüllt wird, der nächste Anspruch auf das Hinterlassene gebührt. Welche Ordnung aber hiebei zu befolgen, wer im einzelnen Falle der nächste Berechtigte sey, darüber haben wir ebenfalls die bestimmtesten Rechtsvorschriften aufzuweisen. Aus einem Zusammenhalt unserer Novelle [20]) mit einer andern [21]) Verordnung

denn mit nicht geringer Selbstzufriedenheit setzt er, nachdem die einzelnen Berechtigten aufgeführt worden waren, hinzu: „ — — ut undique lex habeat proprium perfectionem.“

18) Fr. 18. D. de cond. et demonstr. (35, 1.).

19) Fr. 65. §. 1. D. ad SC. Trebell. (36, 1.).

20) Vorzüglich des §. 9.

21) C. un. §. 7. 8. C. de caduc. toll. (6, 51.). Hieher

Justinians über jene Successions-Ordnung ergiebt sich folgendes Resultat:

1. Wenn der überlebende Ehegatte *ex asse* zum Erben eingesetzt wurde [22]). — In diesem Falle treten zuerst die Substituten an die Stelle des Abgehenden; ihnen steht daher auch vor allen andern das gesetzliche Pfandrecht zu. Liegt aber eine Substitution nicht vor, so sind dann die Intestaterben [23]) die alleinigen und nächsten Berechtigten. Sie allein nehmen daher auch sodann die gesetzliche Sicherheit in Anspruch.

2. Wenn der überlebende Ehegatte nur *ex parte* zum Erben eingesetzt wurde, oder nur ein Legat oder eine *donatio mortis causa* erhielt. — In jedem dieser Fälle ist wiederum den Substituten die erste Stelle eingeräumt. Sodann erscheinen die Collegatare, und im Fall einer partikulären Erbeinsetzung die Miterben, vermöge des jus accrescendi, als die zunächst berechtigten Subjecte. Und endlich, im Fall eines Legats, sind es die Onerirten (a quibus relictum est), denen die Sicherheit gewährt wird, da zuletzt bekanntlich ihnen das auferlegte Vermächtniß verbleibt. — Das Pfandrecht der hier später genannten ist jedesmal durch das Wegfallen der früher aufgeführten bedingt. Von diesen geht es dann gleichsam auf die entfernteren, zunächst Berufenen über.

gehören auch fr. 27. pr. D. de hered. instit. (28, 5.), fr. 4. §. 1. de condit. instit. (28, 7.), fr. 7. §. 1. de cond. et dem. (35, 1).

22) Ganz nach gleichen Grundsätzen muß jedoch auch der Fall beurtheilt werden, wenn der überlebende Ehegatte zwar nur ex parte zum Erben eingesetzt worden war, aber für den übrigen Theil der Erblasser keinen Erben ernannt hatte, indem hier dennoch ein Erwerb ex asse eintritt.

23) Mag dies immer eine Singularität des hier in Frage stehenden Falles seyn (s. Zimmern de muciana cautione §. 13. S. 36), indem außerdem bei dem heres ex asse die conditio non faciendi, als impossibilis, für nicht hinzugefügt angesehen wird. Genug, daß gerade für jenen die Novelle die Intestaterben ausdrücklich namhaft macht.

Nur in der Ungenauigkeit der obigen Aussprüche hat die besprochene Unbestimmtheit ihren Grund. Alle verdienen den nämlichen Vorwurf, daß sie rücksichtlich des berechtigten Subjects zu enge Schranken ziehen, daß sie nicht erschöpfend genug ausgefallen sind. Wenn Glück den Erben das Pfandrecht zuspricht rücksichtlich der Restitution des Vermächtnisses, so ist damit gerade nur ein einziger Fall aus vielen andern angeführt, wo jenes dennoch ebenfalls Statt findet. Wo bleiben hier die andern Honorirten, denen die Entrichtung eines Vermächtnisses auferlegt war, wo die Collegataren und Miterben, die Substituten und die Intestaterben? — Wenn v. Wening-Ingenheim jedem, der ein Vermächtniß dem Wittwer oder der Wittwe entrichtet, das Pfandrecht zuspricht, so ist dies allerdings schon etwas allgemeiner, und somit auch richtiger gefaßt; dennoch ist es nur Ein Fall, welcher auf diese Weise mehr begriffen wird, als nach der Glück'schen Bestimmung, und die Angabe ist ebenfalls nichts weniger als erschöpfend. — Und wenn Seuffert nur die Substituten namhaft macht, so bleibt er nicht minder hinter dem Sinne der Gesetze zurück.

Soll das fragliche Pfandrecht in Compendiarform, d. h. allgemein, ohne daß die einzelnen Berechtigten besonders benannt werden, und dennoch, auch seinem Subjecte nach, bestimmt und erschöpfend bezeichnet werden, so läßt sich dasselbe nur auf folgende Weise fassen: Es ist das generelle gesetzliche Pfandrecht, welches demjenigen ertheilt wird, welcher die einer verwittweten Person hinterlassenen Güter erhält, falls dieselbe der ihr zugleich gesetzten Bedingung der Ehelosigkeit nicht nachkommt.

Dem Sinne der Gesetze nach am entsprechendsten drücken sich aus: Schweppe [24]), welcher das Pfandrecht

24) Röm. Priv. R. §. 348. nr. 7.

„dem Rückerwerber der dem überlebenden Ehegatten, unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, hinterlassenen Güter“

ertheilt; und Mühlenbruch [25]), welcher sagt:

„Praeterea in bonis vidui vel viduae, novum contrahentis matrimonium, iis lex tribuit pignus, qui ejus, quod sub viduitatis conditione relictum est, repetendi jus habent.“

Nur kann ich den Ausdruck: „Rückerwerber“ nicht ganz passend finden, da von einem eigentlichen Rückerwerb, der einen frühern Erwerb, ein früheres Eigenthum voraussetzt, in den meisten Fällen gar nicht die Rede seyn kann. Welches Recht hatten denn z. B. die Substituten, die Intestaterben vor dem Wegfallen der Bedingung, und ehe der honorirte Ehegatte den Besitz des Hinterlassenen erlangte? Derselbe Tadel trifft gewissermaaßen auch den Ausdruck: „repetendi jus.“ Doch glücklicher Weise bedeutet repetere auch blos fordern, und nicht nur wiederfordern.

4.

Gewöhnlich wird behauptet, durch die Annahme anderweiter Sicherheit, diese bestehe in neuer Pfandbestellung, in Bürgschaftsleistung, oder in sonst beliebiger Caution, gebe der Gläubiger sein bisheriges Pfandrecht stillschweigend auf, es enthalte dies neue Factum eine Art der tacita remissio pignoris; oder vielmehr, es werde dadurch die Vermuthung begründet, daß der Gläubiger seinem Recht an dem bisher ihm verhafteten Pfande habe entsagen wollen [26]).

Eine solche Bestimmung wäre jedenfalls höchst positiver Natur, denn weder aus natürlichen noch aus sonst bekannten Rechtsgrundsätzen läßt sich dieselbe herleiten oder recht-

25) Doctr. pand. Vol. II. §. 421. nr. 5.

26) S. z. E. Hofacker Princ. jur. civ. Tom. II. §. 1228. Gesterding Pfandrecht §. 37. S. 295.

fertigen, diese führen vielmehr gerade auf eine entgegengesetzte Entscheidung hin. — Mit keinem der angeführten Sicherheitsmittel ist an sich der Begriff der Ausschließlichkeit verbunden, so daß, wenn zu einem früher vorhandenen ein anderes später hinzutritt, jenes schon von selbst und seiner Natur nach als nichtig und unkräftig dahinfallen müßte; beide stehen vielmehr sehr wohl neben einander, und dienen nur dazu, den Gläubiger desto besser in seinem Rechte zu schützen; sie erreichen vereint weit gründlicher ihren Zweck, statt daß umgekehrt die Kraft des einen die des andern vernichten sollte [27]. Ist das Bisherige aber richtig, so ist nun ferner nicht abzusehen, warum der Gläubiger, indem er zu seinem Pfandrechte noch eine neue Sicherheit annimmt, desselben verlustig werden sollte; in dieser Handlung ist an sich die Absicht etwas von dem früheren Rechte aufzugeben, noch keinesweges ausgesprochen. Sie ist keinesweges so beschaffen, daß sich daraus mit Sicherheit ein Schluß auf eine Willensmeinung des Gläubigers ziehen ließe, welche auf Verzichtleistung gerichtet gewesen wäre. Läßt sich ein Nebeneinanderbestehen der mehreren Sicherheitsmittel sehr wohl gedenken, verstößt dasselbe nicht gegen gesetzliche Vorschriften, so ist es allgemeinen Grundsätzen weit angemessener, anzunehmen, der Gläubiger habe sich durch die neue Leistung des Schuldners nur noch besser bedenken, nur noch größere Sicherheit verschaffen wollen, als daß es die Absicht gewesen sey, einen bloßen Wechsel unter den verschiedenen Sicherheitsmitteln herbeizuführen. — Allgemeine Grundsätze lehren also: Der Gläubiger muß seine Absicht ausdrücklich zu erkennen gegeben haben, daß er das alte Pfand freigeben, und statt dessen mit der neuen Sicherheitsleistung zufrieden seyn

27) Ulpian sagt in dieser Beziehung: „In satisdatione autem *non utimur* Attilicini sententia, qui putabat, si satisdetur alicui certae pecuniae, *recedere eum a pignoribus debere.*“ (Vergl. fr. 6. §. 2. D. Quib. mod. pign. v. hyp. solv.)

wolle, denn aus der stillschweigenden Annahme der letzteren folgt eine Entsagung an sich keineswegs.

Es kommt daher nunmehr nur noch darauf an, zu untersuchen, ob nicht wirklich eine positive Legislation vorliegt, wonach jene Handlung des Gläubigers zu einer solchen gestempelt wird, welche die Präsumtion für eine Remission des Pandektenrechts begründet. Daß dies aber in der That nicht der Fall sey, wird eine kurze Betrachtung der in dieser Beziehung gewöhnlich angeführten Gesetze ergeben. Zuerst heißt es [28]):

„Si convenerit, ut *pro hypotheca fidejussor daretur*, et datus sit, satisfactura videbitur, ut hypotheca liberetur.“

Hier war zwischen Gläubiger und Schuldner eine ausdrückliche Uebereinkunft getroffen, daß statt der Hypothek ein Bürge gestellt werden sollte. Der Gläubiger hatte sich für zufrieden erklärt, wenn er einen Bürgen erhielt, hatte für diesen Fall ausdrücklich sein Recht am Pfande aufgegeben; natürlich muß dann, wenn es zur Bürgschaftsleistung kommt, die Sache vom Pfandnexus befreit werden. Der Grund liegt dann aber in jener Uebereinkunft, nicht darin, daß der Gläubiger durch Annahme einer weiteren Sicherheit von selbst seines früheren Rechtes verlustig würde. Wie für dies letztere die Stelle irgend einen Beweis liefern sollte, ist in der That nicht abzusehen.

Eine andere Stelle [29]) lautet folgendermaaßen:

„Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, *donec* merces tibi saluta, *aut satisfactum esset*; deinde mercedis nomine fidejussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri, existimo, et ideo illata pignori esse desiisse.“

---

28) Fr. 5. §. 2. D. eod. (20, 6.).

29) Fr. 14. D. eod.

Auch diese Stelle unterstützt die gemeine Meinung nicht im geringsten. Wiederum ist darin von einem Falle die Rede, wo Gläubiger und Schuldner die Dauer des Pfandrechts im voraus ausdrücklich bestimmt hatten. Die invecta importata sollten so lange dem Pfandnexus unterworfen seyn, bis der Gläubiger auf andere Weise Befriedigung erhalten habe (donec — — satisfactum esset). Erfolgte diese in der Zukunft, so trat nun der Fall jener Verabredung ein; das Pfand wurde frei. Wie kann hiebei an eine Verzichtleistung auch nur gedacht werden, welche einzig aus der Annahme des Bürgen von Seiten des Gläubigers zu folgern wäre; wie kann von einer rechtlichen Präsumtion da die Rede seyn, wo der Wille der Partheien so ausdrücklich erklärt worden war?

Ferner heißt es [30]):

„— — Etenim si, cum fundum Cornelianum pignoris causa tibi tradidissem, *postea ex conventione fundum Titianum in hoc tibi tradiderim ut Cornelianum mihi restitueres*, minime puto dubitandum erit, quin statim recte pignoratitia ad recipiendum Cornelianum agere possim."

Der Schuldner hatte ein zweites Grundstück zu dem Ende und in der Absicht dem Gläubiger zum Pfande übergeben, daß er dagegen das zuerst verhaftete von ihm zurückerhielt. Und wirklich entschied African, von welchem die Stelle herrührt, die pignoratitia sey rücksichtlich jenes ersten Grundstücks dadurch begründet. Unglücklicher Weise erblicken wir jedoch abermals im Hintergrunde eine Verabredung, welche zwischen Gläubiger und Schuldner über das neue Pfand-Object getroffen worden war, und in Folge deren der erstere sich zur Restitution des früheren hatte bereitwillig finden lassen. Dies war also wiederum der Grund der Entscheidung

30) Fr. 50. §. 1. D. de jure dot. (23, 3.).

Africans, und nicht etwa ein stillschweigender Verzicht, der in der Annahme eines neuen Pfand-Objects von Seiten des Gläubigers zu suchen wäre.

Eine Hauptstelle [31]) für die gewöhnliche Meinung, die es aber nun gerade auch für den Erweis der hier ausgesprochenen Ansicht wird, lautet endlich also:

„Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus, *quemadmodum voluit creditor*, licet non sit solutum; sive aliis pignoribus *sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat*, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pignoratitia actio. *Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.*“

Ich finde auch hier nirgends angedeutet, daß eine stillschweigende Verzichtleistung in einem der angeführten Fälle anzunehmen sey. Bei aufmerksamer Betrachtung unseres Gesetzes ist leicht zu ersehen, wie gerade im Gegentheil alles auf den ausdrücklichen Willen des Gläubigers verstellt worden ist. Ueberall ist von dem Juristen auf einen früher ausgedrückten Willen des Gläubigers hingezielt worden, in Folge dessen dann von Seiten des Schuldners die bestimmte Satisfaction mit der Wirkung erfolgte, daß das früher zugestandene Pfandrecht dadurch erlöschen mußte [32]).

---

31) Fr. 9. §. 3. D. de pignerat. act. (13, 7.).

32) Man beruft sich auch wohl auf fr. 6. §. 1. D. Quib. mod. p. v. h. solv., wo die Worte vorkommen: „Ergo satisfecisse prodest, quia sibi imputare debet creditor, qui satisfactionem admisit vice solutionis;“ allein ebenfalls ohne Grund, denn wie gerade das „admittere“ vor sich ging, ist gar nicht näher bezeichnet worden. Der Gläubiger konnte ja, unter ausdrücklicher Verzichtleistung auf sein Pfandrecht, die Satisfaction zugelassen haben.

Somit darf wohl behauptet werden, daß sich in der positiven Legislation die so sehr abweichende Bestimmung nicht auffinden läßt, die man gerade durch sie hat erweisen wollen; und wir müssen also bei demjenigen Resultate stehen bleiben, welches sich oben aus einer Betrachtung allgemeiner Grundsätze ergab.

Jeder Zweifel muß vollends schwinden, wenn man dasjenige noch hieher ziehen will, was Justinian über die Novation, welche ohne Zweifel auch in unserm Falle vorliegt, verordnet [33]:

„Nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint."

Schließlich mag noch folgende Bemerkung hier ihren Platz finden: Wunderbar ist es, daß man diese letzte Verordnung Justinians selbst bei den Anhängern der gemeinen Meinung, gleichsam zur Bestätigung derselben, angeführt findet [34], und daß manche sich sogar ganz richtig über die Sache selbst ausdrücken, während sie dennoch unter der Rubrik der stillschweigenden Entsagung des Pfandrechts davon sprechen [35].

---

33) S. c. 8. C. de novat. (8, 42) vergl. mit §. 3. J. Quib. mod. toll. oblig. (3, 30).

34) S. z. E. v. Wening-Ingenheim Lehrb. (3. Ausg.) Bd. I. §. 185. S. 348. Not. k. — Mühlenbruch Doct. pand. §. 424. n. 10. verbindet jedoch die Codexstelle mit den zur Bestätigung der gemeinen Meinung angeführten Pandekten-Fragmenten durch ein „conf. tamen."

35) Als Repräsentant mag ebenfalls v. Wening-Ingenheim genannt seyn, welcher a. a. O. sagt: „Zuweilen wird nach gesetzlicher Vorschrift eine stillschweigende Entsagung angenommen. Dies ist der Fall — — 2) Wenn der Creditor ein anderes Pfand nimmt, oder sich nach einer ausdrücklichen Erklärung Statt des Pfandes andere Sicherheit geben läßt." — Eben so unerklärlich ist es, wenn Glück zu den Fällen

III.

Ueber die juristische Intelligenz, ihre Bedeutung und Repräsentanten in der Rechtsverwaltung, insbesondere über das Collegial-System.

Von

Herrn Dr. Heffter, Professor der Rechte zu Bonn.

Ohne Zweifel ist es auf eigene Weise belehrend, eine mit innerer Nothwendigkeit ansprechende praktische Idee in äußern Erscheinungen gleichsam schon verkörpert und in die Geschichte des Menschengeschlechts übergegangen darzulegen; denn es wird dadurch nicht allein ihre Harmonie mit dem übrigen Seyenden nachgewiesen und damit rückwärts die Probe der Vernunftmäßigkeit, folglich der Nothwendigkeit geliefert, sondern es wird auch auf der andern Seite möglich, aus der Idee die besondern Gesetze für das von ihr beherrschte Gebiet und das darin Seyende abzuleiten.

Untersuchungen dieser Art beschäftigten schon große Vorgänger in der Jurisprudenz, in Wissenschaft und Praxis gleich bewandert; sie liegen auch dem jetzigen Stande der Rechtswissenschaft nicht fremd; sie bestimmten uns, mit dem obigen Gegenstand den Versuch solcher Darlegung zu machen. Wir hoffen, wenn schon nichts Neues, doch Manches von Neuem zur Sprache zu bringen, was am allerwenigsten von der Praxis übersehen werden darf, da sie eigentlich darin lebt.

---

einer stillschweigenden Aufgebung des Pfandrechts denjenigen rechnet, „wo verabredet worden, daß statt der Hypothek ein Bürge gestellt werden, und nur bis dahin dieselbe haften solle, und dann der Gläubiger diesem Vertrage gemäß einen Bürgen annimmt.“ „Ohne eine solche Verabredung (setzt er noch hinzu) hebt die Annahme von Bürgen die Hypothek nicht auf.“ (S. Erl. d. Pand. Bd. XIX. S. 419.)